

罹災都市借地借家臨時処理法に関する問題点の検討(5)

第5 紛争解決手続について

(前注1) 罹災都市法の規定に基づく権利行使に伴う紛争解決のための非訟手続を「罹災非訟」ということとする。

(前注2) 現行法においては、優先借地権(第2条)、借地権優先譲受権(第3条)及び優先借家権(第14条)等に関する裁判手続を罹災非訟の対象としている。新しい法制においては、優先借地権、借地権優先譲受権については、廃止するものとして検討されていることから、以下の検討は、主として優先借家権についての検討となる。なお、優先借家権制度を廃止するものとする場合には、特別の紛争解決手続を設ける必要はなくなるとも考えられる。

(前注3) 以下の検討においては、優先借家権の成否の確認を求める裁判等、権利義務の存否を確定するような裁判を「確認的裁判」ということとし、実体的権利義務関係が存することを前提として、裁判所が合目的的に裁量権を行使してその具体的内容を形成する裁判を「形成的裁判」ということとする。

1 罹災非訟の対象について

【甲案】確認的裁判については、非訟手続による裁判から除外し、訴訟手続によるものとする。

【乙案】確認的裁判についても、非訟手続による裁判の対象としつつ、当事者の異議があれば、確定判決と同一の効力は生じないものとする。

(補足説明)

1 現行法の規律と問題点等

現行法第18条は、罹災都市法の規定に基づく裁判は、「非訟事件手続法により、これをする。」としている。具体的には、確認的裁判及び形成的裁判のいずれについても非訟手続によるものと解されており、確認的裁判は、非訟手続によることもできるし、訴訟手続によることもできると解されている。そして、非訟手続による裁判には既判力があるものと解されている。

このように、確認的裁判も非訟手続によることができるものとし、裁判には既判力があるものとするについて、最判昭和33年3月5日民集12巻3号381頁は、憲法第32条、第82条に反しない旨を判示している。

しかし、同判決においても合憲性や既判力の有無に関して複数の少数意見があることやその後の判例の蓄積等に鑑みれば、少なくとも現代において、この規律を維持することは相当ではないと考えられる。

2 新しい法制における考え方

(1) 新しい法制において想定される事件とその性質

新しい法制においても優先借家権制度を存置するものとする場合には、①優先借家権の成否、②優先借家請求により成立した借家条件の決定、③割当ての裁判等が問題となり得るところ、①は、上記最判昭和33年3月5日民集12巻3号381頁からは、必ずしも明らかではないが、確認的裁判であると解することが素直であると思われる。また、②は、形成的裁判と考えられる。

③については、優先借家権の存在を前提として、裁判所が裁量権を行使することにより、権利の対象となる具体的な部屋の設定等を行うものと整理するような場合には、形成的裁判になるものと考えられる（升田純『大規模災害と被災建物をめぐる諸問題』（法曹会、平成8年）320頁は、現行法の割当ての裁判について、形成的裁判であると解されるとしている。）。もっとも、③については、必ずしもその性質が明らかではなく、上記のような整理となるかは、優先借家権の割当てを実体法上どのように理解するかによる。すなわち、請求の始期について、更地段階でも請求を認めるものとする場合には、優先借家請求は特定の部屋ではなく、建物について成立するものと考えることと親和的であり、具体的な部屋の割当てについては、裁量的判断によるものと考えることとつながりやすいと思われる。他方、建物完成後に請求を認めるものとする場合には、特定の部屋について、優先借家権が成立しており、割当てとはそれを確認する作用にすぎないという考えも成り立ち得るとも考えられる。

他方、復興借地権については、私人間の合意に基づいて成立するものとして構想されていることからすれば、これを創設するものとする場合であっても、確認的裁判を非訟手続によるべきか否かといった問題は生じないものと考えられる。また、借地権の保護等に関する規律についても、借地権の譲渡・転貸に関し、承諾に代わる裁判所の許可等の制度を創設する場合等には、非訟手続における細目的規律については検討する必要があると考えられるものの、確認的裁判を非訟手続によるべきか否かといった問題は生じないものと考えられる。

(2) 甲案

甲案は、一般の原則通り、①のような確認的裁判については、訴訟手続によることとし、非訟手続では形成的裁判のみを行うとするものである（この案においても、非訟手続において、前提問題として優先借家権の存否を扱うことは認められるものと解される。）。

この案は、一般の原則に従った処理が可能となり、乙案のような理論的問題は生じないと考えられるものの、優先借家権の存否が争われた場合には、最終的には訴訟手続によらざるを得ない点において、紛争解決の迅速性が損なわれるのではないかなどの指摘が考えられる。なお、この指摘に対しては、下記のとおり乙案による場合にもそれほど迅速になるとはいえないと考えられること、甲案による場合であっても、事案に応じて、調停に付するなどして迅速な解決が可能であると考えられることが指摘できる。

(3) 乙案

乙案は、確認的裁判も形成的裁判も非訟手続によることとしつつ、裁判には既判力があるものと考えた上で、家事事件手続法における合意に相当する審判や、労働審判法上の労働審判等と同様に、異議があれば失効とするものである。

この案は、確認的裁判も形成的裁判も非訟手続によることにより、迅速な解決を目指すものであるが、

- ・ 借地非訟では確認的裁判は訴訟手続によることとなるのに、罹災非訟では、非訟手続により行うことができるとする十分な根拠があるか
- ・ 第2条による賃借権（優先借地権）の成否、第3条による借地権の譲渡の成否等、様々な確認的裁判を対象としていた現行法とは異なり、新しい法制においては、専ら①の優先借家権の成否の確定についての特則となるにすぎず、この制度のために特殊な紛争解決手続を用意しなければならないほどの必要性はあるか
- ・ 迅速性の観点についても、優先借家権の存否自体に争いがあるような事案では、異議が述べられることも少なくないものと思われ、異議が述べられた場合には、甲案と同様の結果となるのではないか（甲案による場合であっても、前提問題として優先借家権の存否を扱うことは認められるものと解されることから、不服申立てがされなければ紛争解決に要する時間に変わりはないし、不服申立てがされた場合には甲案でも乙案でも同様に紛争解決に時間を要することとなるのではないか）

といった指摘が考えられる。

また、乙案を採用した場合には、異議が述べられた場合に失効する裁判の範囲が問題となる。この点について、これまでの検討においては、(a)異議が述べられた場合には、確認部分のみ失効し、確認部分について訴訟手続により判断するものとしつつ、確認部分についての判断が確定するまでは形成部分についても効力が生じないものとする考え方、(b)異議が述べられた場合には全体として失効し、形成部分も含め訴訟手続により判断するという考え方、などが示された。もっとも、理論的にこのような考え方を採ることが可能か、また、相当かという問題などについては十分な検討ができておらず、裁判の対象となる実体法の法律関係を踏まえ、更に検討する必要があるものと考えられる。

具体的には、乙案により、かつ、(a)の考え方を採用する場合には、優先借家権の存否及び借家条件の双方について不服のある当事者は、優先借家権の存否については異議申立てをし、借家条件については即時抗告をすることとなるものと考えられ、このように不服申立てが複線化することとなる。このような複線化を認めることとすると理論的問題はもとより、迅速な解決にはつながらないものとも思われる。

他方で、(b)の考え方を採用する場合には、抗告審（異議審）において、借家条件の決定といった形成的裁判を訴訟手続で行うこと（非訟事件を訴訟手続で行うこと）が理論的に可能かという問題がある。また、訴訟手続には、鑑定委員会制度等の形成的裁判を行うのにふさわしい規律が備えられておらず、形成的裁判を訴訟手続で行うことの相当性も問題となる。具体的には、訴訟手続において鑑定を行うことは

可能であるが、借地非訟における鑑定委員会制度が国費により賄われるのとは異なり、当事者の負担となる。また、借地非訟は紛争性が高く、民事訴訟法と同様の規律を設けているところも多いとはいえ、あくまでも非訟事件として処理されているのであり、このように非訟手続になじむ形式的裁判を訴訟手続によることとする場合には、他の点でも問題が生じてくることが予想される。しかも、異議が出された場合には訴訟手続によることとなれば、乙案を採ることで迅速な解決につながるかには疑問もある。

以上を前提に、罹災非訟の対象について、どのように考えるか。

(注1) 現行法において、非訟手続により行われるものとしては、①第2条による賃借権（優先借地権）の成否、②第2条により成立した賃貸借契約の借賃、敷金、権利金その他の借地条件の決定、③第3条による借地権の譲渡の成否、④第3条により成立した借地権譲渡契約の譲渡対価の有無及びその額並びにその支払時期の決定、⑤第7条による賃借権設定契約又は借地権譲渡契約の解除の可否、⑥第14条による賃貸借（優先借家権）の成否、⑦第14条により成立した賃貸借契約の借賃、敷金、権利金その他の借家条件の決定等があるとされる（原ほか前掲書97頁）。

(注2) 上記最判昭和33年3月5日民集12巻3号381頁は、優先借地権の設定についてのものであり、優先借家権については明言していない。また、同判決においては、「この裁判は、実質的には、借地権の設定又は移転の新たな法律関係の形成に裁判所が関与するに等しいものであること」が指摘されており、優先借地権の設定が純然たる訴訟事件であるとしているか否かは必ずしも明らかではない。なお、「罹災地における借地の法律関係については実情に即した迅速な解決が要請されていた当時の実情に鑑み」といった指摘がされていることにも留意する必要がある。

(注3) 割当ての裁判の性質をどのように捉えるかは、上記のように、割当ての裁判を実体法上どのように理解するかによるものの、部屋の特定を必要とする見解に立ったとしても、確認的裁判であるという整理が可能といえるかにはやや疑問がある。すなわち、確認的裁判であるとすれば、裁判所が事実を認定することにより、優先借家請求を承諾し、あるいは承諾したとみなされた場合に、ある特定の部屋（仮に「101号室」とする。）に成立している賃借権を確定するような裁判であり、優先借家請求を承諾等した時点において、101号室に賃借権が成立しているか否かが定まっているものと考えられる。また、確認的裁判であると解する以上は、割当ては、101号室に複数の者の賃借権が成立していることを前提として、その優劣を定めるものではなく、客観的には101号室に誰の賃借権があるかは定まっており、裁判所は、事実を認定してその賃借権を確認することとなるものと思われる。しかし、優先借家請求を承諾等した時点においては、101号室に賃借権が成立しているといえるにもかかわらず、優先借家請求の承諾等の後に、他により優先度の高い者が優先借家請求をした場合には当該賃借権が

否定されるものとも考えられる。そうすると、優先借家請求を承諾等した時点においては、101号室に誰の賃借権が成立しているか否かは不明ということとなり、優先借家請求を承諾等した時点における賃借権の有無を確定する裁判とはいえない以上、確認的裁判ということは困難ではないか。

なお、確認的裁判と整理したとしても、割当て後の借家条件の形成は非訟手続によると考えられる以上は、甲案による場合、割当てまでは訴訟で行うこととなるが、具体的な借家条件は非訟手続を経ないと定まらないこととなり、この点においても問題があるとも思われる。

(注4) 乙案による場合には、非訟手続による裁判も確定すれば既判力が生じることとなることから、訴訟手続による裁判との既判力の抵触を防ぐため、受訴裁判所による訴訟手続の中止の規律を設ける必要があるものと考えられる。また、具体的事案によっては、非訟手続を中止し、訴訟手続を先行させることが相当と考えられる場合もあり得ることから、非訟手続の中止の規定も設ける必要があるものと考えられる。

(注5) 乙案を採用した場合においては、確認的裁判を訴訟手続によることが可能か(別途の手続を設けた以上、訴訟手続によることは封じられるか)も問題となる。現行法の解釈としては、確認的裁判であっても罹災非訟手続によるべきであって訴訟手続によることはできないとする見解もあるものの、実務の大勢は訴訟手続によることを肯定する見解に立っていたとされている(小島正夫「罹災借地借家関係の裁判」塩崎勤・澤野順彦編『裁判実務体系28 震災関係訴訟法』(青林書院・平成10年)190頁。原増司・青木義人・豊水道祐『罹災都市借地借家臨時処理法解説(第3版)』(巖松堂書店、昭和23年)99頁、升田前掲書320頁も肯定説に立っている。)。新しい法制において乙案を採用した場合であっても、確認的裁判について訴訟手続によることを否定することは困難かつ不相当ではないかとも思われる。

2 罹災非訟の手続的規律について

原則として、非訟事件手続法及び借地借家法によることとするかどうか。また、罹災非訟における特則としてどのような規律が考えられるか。

(補足説明)

1 現行法について

現行法においては、確認的裁判及び形成的裁判の双方について、非訟事件手続法によるとともに、現行法第18条から第25条までに罹災非訟事件についての特則的規律が設けられている。

2 新しい法制における考え方

本文1について、甲案を採用する場合には形成的裁判について、乙案を採用する場合には確認的裁判及び形成的裁判の双方について、非訟事件手続法が適用されることになるものと考えられる。

また、罹災非訟の紛争性の高さなどに鑑みれば、基本的には借地非訟事件について規律した借地借家法第41条（以下、特に断らない限り、非訟事件手続法及び家事事件手続法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律（平成23年法律第53号。以下「整備法」という。）による改正後の借地借家法を示す。）以下の規定を適用（準用）することが相当と考えられるが、どうか。

さらに、罹災非訟においては、借地非訟以上に迅速性の要請が強いこと、優先借家権の割当ての問題があることが指摘できる。これまでの検討においては、迅速性の観点から、例えば、罹災非訟については必要的に審問を開く（借地借家法第51条）までの必要はないのではないかといった意見が出された。もっとも、迅速性の要請があるとはいえ、借地非訟と同様に紛争性が高いことに照らせば、これらの規定を適用（準用）しないとすることは不相当ではないか、阪神・淡路大震災における神戸地裁の実務として、審問期日の設定は必要と解し、審理の終結宣言についても必要と解する運用がされた旨の指摘があり（小島前掲論文175頁以下）、実務上、これらの規定を適用（準用）することが問題であるとまではいえないのではないか、といった指摘が考えられる。これらを踏まえ、罹災非訟事件についての特則的規律を設けるとすれば、どのような規律が考えられるか。

（注1）小島前掲論文174頁によれば、阪神・淡路大震災の際の実務においては、罹災非訟事件についても「性質に反しない限り借地非訟の手続規定を類推適用すべきであるとの議論が多く、神戸地裁管内でもそのように適用している、もっとも弁護士代理の原則（借地非訟事件手続規則第5条第1項）、参加に関する規定（同則7条）等、類推適用の可否に疑念のある点もある。」とされている。

（注2）整備法による改正後の罹災都市法第18条から第25条までの規定については、以下のように考えることでどうか。

1 管轄（整備法による改正後の罹災都市法第18条）

整備法による改正後の罹災都市法第18条の規律を維持し、借地権の目的である土地又は借家権の目的である建物の所在地を管轄する地方裁判所が管轄するものとする。ただし、当事者の合意があるときは、その所在地を管轄する簡易裁判所が管轄することを妨げないものとする。

2 鑑定委員会（整備法による改正後の罹災都市法第19条から第22条まで）

整備法による改正後の罹災都市法第19条から第22条までに規定する鑑定委員会に関する規定につき、借地非訟の規定（借地借家法第47条及び借地非訟事件手続規則）と比較すると、

- ・ 罹災非訟においては（法文上は何の留保もなく）鑑定委員会の意見を聴かなければならないものとするが、借地非訟においては、特に必要がないと認める場合を除き鑑定委員会の意見を聴かなければならないとされる。
- ・ 鑑定委員は、地方裁判所が特別の知識経験を有する者その他適当な者の中から毎年あらかじめ選任した者、当事者が合意によって選定した者から選ばれるが、借地非訟の場合には、これに加え、特に必要があるときは、それ以外の者の

中から指定することを妨げないとの規定がある。

- ・ 借地非訟には、規則において、主任鑑定委員、鑑定委員の立会い、鑑定委員会が意見を述べる方法、意見等の記録の規定がある。

といった違いがあるが、これらの違いは、罹災非訟と借地非訟との差異によるものとは考えられない。

以上より、整備法による改正後の罹災都市法第19条から第22条までの規定は削除し、借地借家法第47条及び借地非訟事件手続規則の規律によることとすることが考えられる。

3 裁判の効力の発生（整備法による改正後の罹災都市法第24条）

整備法による改正後の罹災都市法第24条は、裁判は告知により効力を有する（非訟事件手続法（平成23年法律第51号）第56条第2項）ことを前提に、即時抗告は執行停止の効力を有するものとしているのに対し、借地非訟においては、裁判は確定しなければその効力を生じないものとしている（借地借家法第55条第2項）。

罹災非訟においても、裁判が当事者に与える影響の大きさに鑑み、裁判が確定して初めて効力が生ずるものとする借地非訟の規律が相当と考えられるから、借地借家法第55条第2項の規律によることとすることが考えられる。

4 既判力の有無

罹災都市法第25条は、裁判は裁判上の和解と同一の効力を有するとしているのに対し、借地借家法第58条は、裁判のうち給付を命ずるものは、強制執行に関しては裁判上の和解と同一の効力を有するものとしている。

本文1の罹災非訟の対象について甲案を採用する場合には、借地借家法第58条の規律によることとすることが考えられる（なお、罹災非訟の対象に給付を命ずるものがない場合には、罹災都市法第25条を削除すれば足りるものと考えられる。）。

他方、乙案を採用する場合には、適法な異議がない場合には、裁判上の和解と同一の効力を有するものとする考えられる。

(注3) 優先借家権の保全処分については、どのように対応することが考えられるか。

すなわち、従前の借家人は、優先借家権を保全するため、占有移転禁止の仮処分等を行うことが考えられるところ、この場合において、被保全権利を優先借家権を理由とした賃貸借契約の成立に基づく建物の引渡請求権とすることが考えられる。もっとも、この考え方に対しては、

- ・ 部屋の特定を不要とした場合には、最終的には1部屋しか賃貸借契約が成立しないにもかかわらず、建物全体についての引渡請求権を被保全権利とすることが可能か。そもそも部屋の特定さえされていない請求権が被保全権利となり得るのか。仮に被保全権利となり得るとしても、1部屋のために100部屋を保全することは不相当ではないか、担保も立てられないのではないか。これに対処するため部屋の特定を不要と考えつつも、保全については部屋の特定を要求するとすることも考えられるが、そのように考えることは、部屋の特定を不

要とすることと矛盾するのではないか。

- 部屋の特定を必要とした場合においても、101号室の引渡請求権を被保全権利としたところで、本案の訴えを提起することが可能か（民事保全法第37条参照）。すなわち、優先借家権について割当ての裁判がある前に、単純に101号室の引渡請求を訴訟において行ったとしても、割当ての裁判が形成的裁判であるとの理解を前提にすると非訟手続で行うべき割当ての裁判について当該訴訟において判断が可能であるか疑問があり、そうすると、非訟手続で割当ての裁判を行った後に、本案の訴えを提起する（あるいは、本案の訴えを提起しておいて、訴訟手続を中止する）こととなるようにも考えられるが、このようなことが相当か（以上の検討は、罹災非訟の対象について甲案を採用することを前提としたものであるが、乙案によるものとすれば、このような問題が生じないといえるかについても疑問がある。）。

といった疑問がある。

なお、現行法においては、優先借地権を理由とした土地の所有者に対する土地上の再築工事の差止請求事件について、保全を認めることに理論的な問題はないはずであるといった指摘がある（小島前掲論文181頁）が、集合賃貸建物等に対する優先借家権についても同様に理論的には問題がないといえるか。

（注4）罹災非訟における特則的規律として、ほかに調停前置主義を採用することにより、迅速かつ柔軟な解決を期待するということも考えられないわけではない。もっとも、優先借家権に関する紛争にも、優先借家権の存否自体に争いがあるもの、賃料のみが争いであるものなど、様々なものが想定され、全ての事件について一律に調停を前置させるというよりは、事案に応じて調停に付することが相当と考えられるが、どうか。

3 優先借家権の割当てについて

優先借家権の割当てについて、紛争解決の観点から、どのように整理することができるか。また、特別の規律を設ける必要性について、どのように考えるか。

（補足説明）

1 総論

割当ての裁判の性質について、優先借家権の存在を前提として、裁判所が裁量権を行使することにより、権利の対象となる具体的な部屋の設定等を行うものと整理するような場合には、原則として本文2で検討したような非訟手続により裁判を行うこととなる。

割当ての基準について、これまでの検討においては、研究会資料2本文3(3)に記載されたような事情（従前の賃借人が再建建物の使用を必要とする事情のほか、従前の建物の賃借に関する経過、従前の建物の利用状況、賃借人の意向等）を総合的に考慮することによって決するほかないのではないかという意見が出された（な

お、研究会において、研究会資料2本文3(3)に記載の個々の事情について全て考慮することで良いとされたものではなく、くじ引等によるのではなく、様々な要素を総合的に考慮するほかないという意見が出されたものである。)

2 割当ての判断の特殊性

(1) 司法作用になじむものか否か

上記のように割当ての判断が、様々な事情の総合考慮によるほかないとする場合、従前の賃貸人と従前の借借人との間において、優先借家権の拒絶の正当事由が認められるかといった問題とは異なり、社会福祉的政策問題が多分に含まれている割当てのような判断が司法作用になじむものかという問題がある。

すなわち、請求の始期について、更地であっても請求を認めるものとし、さらに、部屋の特定期も要しないと考えるような場合において、従前の借借人Aに101号室を割り当てるのが良いのか、それとも101号室と同じ構造の102号室を割り当てるのが良いのか、また、従前の借借人Aに101号室を割り当て、従前の借借人Bには102号室を割り当てることと、その逆とすることのいずれが良いのか等について、証拠に基づいて裁判所が判断し、その理由を決定書等に示すことが可能かについては、疑問がある。

また、従前の借借人A、B、C(いずれも拒絶の正当事由が認められない(優先借家権を有する)者であることを前提とする。)について、明らかに優劣がつくような場合も考えられるものの、そうではない場合も十分に考えられる。このように優劣がつけ難い事案において、割当てを行うことが司法作用になじむものかについては疑問がある。大型の集合賃貸建物等も少なくない現代においては、このような問題が深刻化するおそれもあると思われる。

(2) 集合賃貸建物等についての紛争解決の困難性

ア 人数が多くなること自体の困難性

仮に、割当ての判断が司法作用になじまないものではないと考えられる場合においても、上記のように、大型の集合賃貸建物等も少なくない現代においては、例えば、90部屋について100人の従前の借借人の割当てを行うなど、紛争が大規模・複雑化し、紛争解決が困難となるおそれがある。部屋の特定期を要するものとしつつ、予備的請求を認めるものとする場合には、主位的請求と予備的請求とが錯綜することも想定される。

このような大規模・複雑な紛争となれば、裁判所の負担となることはもとより、紛争解決には長期間を要せざるを得ず、住居等に困窮する借家人の保護にもならないとも考えられる。

イ 一回的紛争解決の困難性

裁判により、従前の借借人Aに101号室を割り当てたととしても、この裁判の効力は、当然には他の従前の借借人に及ぶものではないことから、これにどのように対処するかが問題となる。

この点については、Bから101号室を特定して優先借家請求があったとしても、既に101号室についてはAに優先借家権が認められることから、事実

上、拒絶の正当事由が認められる場合も少なくないものと考えられる。また、Aが101号室について占有移転禁止の仮処分等を得ておくといったことにより対応することも考えられる。さらに、現行法の解釈として、優先借家請求の承諾後、あるいは、借家権の「確定」後には割当ての問題は生じないという考え方も示されている。

もっとも、このようなBの請求について理論的に101号室に割り当てることが不可能とまでいえるか（二重賃貸借の問題になるにすぎないのではないか）、また、特に部屋の特定を必要とする見解に立った上で、従前の賃貸人が優先借家請求を放置してしまったために承諾したものとみなされた場合には、なおBに優先借家権が成立することとなるのではないかと考えられる。

このような事態を可及的に防ぐため、借地借家法第43条の強制参加の規定により、他の従前の賃借人を参加させることが考えられる。もっとも、強制参加による場合であっても、理論的には従前の賃借人全員を参加させない限り、裁判において割り当てられた部屋に他の従前の賃借人の優先借家権が成立するといった事態が生じることは防げないことから、従前の建物に100人の賃借人がいたというような事例においては、大規模な手続となってしまう、手続が煩雑かつ混乱するといったことが想定され得る。他方で、従前の賃借人を参加させることなく、裁判の効力のみを及ぼすということは、手続保障の観点から相当とは思われない。

さらに、理論的な整理が可能であったとしても、震災時は行方不明者等が発生し、あるいは、死亡により相続人を捜さなければならない場面も想定され、全ての従前の賃借人を参加させるということは現実的ではないとも考えられる。また、全ての賃借人を参加させるとしても、従前の賃借人の一人が優先借家請求をした場合には、裁判手続に参加するか否かを決定するために他の従前の賃借人にも優先借家請求をするか否かの判断を強いることとならないかといった問題点も指摘できる。

(3) 更地状態における割当ての困難性

請求の始期について、建物の完成前に請求を認めるものとするような場合において、割当ての裁判が起こされた場合、裁判所が具体的な部屋の割当てを行うことは不可能あるいは困難と思われる。

そこで、手続を中止する旨の規定を置くことも考えられるが、中止は、裁判所の職務不能の場合（民事訴訟法第130条）や当事者の故障による場合（同法第131条）等に認められており、このような場合が中止の問題となるか疑問であるし、いつまで手続を中止すべきかを適切に規律することも困難ではないと思われる。そうすると、事実上、手続が進行できない状況が続くこととなると思われる。従前の賃貸人には建物を建築すべき義務が無いものと考えを前提とすると、いつまでも建物が建築されず、いつまでも裁判所に事件が係属するといったことも想定され得る。

翻って検討すると、このように訴訟を提起しても手続を進行することができず、

中止を考えなければならないような権利は、具体的権利とはいい難く、実体法上問題があるとも考えられる。

3 まとめ

以上のような割当ての特殊性等を踏まえ、優先借家権の割当てについて、紛争解決の観点から、どのように整理することができるか。特別の規律を設ける必要性について、どのように考えるか。

4 貸借条件の変更命令制度（現行法第17条）について

貸借条件の変更命令制度は、廃止するものとするかどうか。

（補足説明）

1 現行法について、

現行法第17条は、「地代、借賃、敷金その他の借地借家の条件が著しく不当なときは、当事者の申立により、裁判所は、鑑定委員会の意見を聴き、借地借家関係を衡平にするために、その条件の変更を命ずることができる。この場合には、裁判所は、敷金その他の財産上の給付の返還を命じ、又はその給付を地代若しくは借賃の前払とみなし、その他相当な処分を命ずることができる。」としている。

この規定が設けられた趣旨としては、「通貨の急激な膨脹、建物の罹災及び疎開、建築資材の不足等の結果生じた現下の著しい不当な地代、家賃等の借地借家条件を、裁判により是正する途を拓いた規定である。」（原ほか前掲書106頁）と説明されている。

この規定が適用される要件としては、①当該借地借家が罹災都市法の適用地区内にあること、②地代、借賃、敷金その他の借地借家の条件に関するものであること、③著しく不当であること、④③が災害に起因することが必要と解されている。

なお、借地借家法上の借賃増減額請求権等との違いとしては、①著しく不当（罹災都市法）か、不相当（借地借家法）か、②過去の借賃も遡って変更することができるか、将来に向かってのみ効力を有するか、③契約当初の条件の当不当も審理の対処となるか、ならないかといった点が挙げられる。また、手続上の問題として、非訟手続によるか、調停前置主義（民事調停法第24条の2）を採用しつつ訴訟手続によるかという違いもある。さらに、借地借家法上は、地代・借賃のほか、建物の種類等の制限に関する借地条件の変更（借地借家法第17条第1項）、増改築禁止特約の変更（同条第2項）等に限られており、借賃以外の借家条件の変更に関する規定は設けられていないが、罹災都市法上はそのような制限はない。なお、罹災都市法による借地借家条件の変更と、借地借家法による借賃増減額請求権の双方の要件を満たす場合には、いずれの請求をも行うことも可能である。

2 新しい法制について

貸借条件の変更命令制度は、借地借家臨時処理法（大正13年法律第16号）にその起源があり、同法上は重要な位置を占めていたという指摘もある。しかし、過去に遡って借賃や存続期間等の借地借家条件を変更し、敷金の返還も命じられるよ

うな制度は、現代においては、やや穏当性を欠き、違憲の疑いすらあるように思われる。過去に遡って契約関係への強権的介入を認めることは、強行法規違反（強行法規そのものは事前に提示されていることが一般である。）を理由とする一部無効や、事情変更の原則に基礎を置く借地借家法上の賃料増減額請求等の制度とも異質なものを含み、運用によっては予測可能性を基礎とする意思自治の原則に対する不当な侵害となるおそれがある旨が指摘されている（小島前掲論文198頁）。現行法制定以降に、旧借地法や借地借家法において、借地条件の変更や増改築の許可等の制度が設けられるなど、問題となる場面に応じた要件、効果、手続を定めた規律が創設されており、このような個別紛争類型ごとの解決手法による方が法的安定性としては優れていること、更には指定災害以外の不可抗力に起因する紛争の場合との均衡等を考えると、意思自治の原則に対する強力な介入となり得る現行法第17条によるべきではなく、借地借家法の借地条件の変更等の制度によることが相当であると考えられる（小島前掲論文202頁参照）。

以上を踏まえ、現行法第17条の貸借条件の変更命令制度は、廃止するものとするかどうか。